

## Giurisprudenza

# Concordato preventivo

### Revoca del concordato preventivo

**Corte d'Appello di Venezia, Sez. I, 18 aprile 2016, n. 871 - Pres. D. Bruni - Est. R. Rigoni - Italian Luxury Industries S.r.l. c. Fallimento Italian Luxury Industries S.r.l., Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vicenza, Procura generale presso la Corte d'Appello di Venezia**

*Fallimento - Dichiarazione - Procedimento - Iniziativa del pubblico ministero - Rinuncia all'istanza - Rilevanza sulla decisione del giudice - Preclusione*

*(Legge fallimentare artt. 15, 18 e 173; cod. proc. civ. artt. 69 e 306; cod. civ. art. 2907)*

**Il pubblico ministero, una volta avviata la richiesta di fallimento, non può rinunciarvi, senza che gli eventuali ripensamenti di tale organo possano influire sul giudizio, spettando unicamente al giudice di pronunciarsi sulla domanda proposta.**

*Fallimento - Dichiarazione - Procedimento - Iniziativa del creditore - Rinuncia successiva all'apertura della procedura - Irrilevanza sull'iniziativa assunta*

*(Legge fallimentare artt. 15, 18 e 173)*

**La desistenza del creditore alla propria istanza dopo la dichiarazione di fallimento non rende insussistente l'iniziativa di parte e non svolge alcuna rilevanza sulla legittimazione ad agire.**

*Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Revoca - Atti di frode - Dichiarazione di fallimento - Reclamo - Contestazione di un altro atto di frode - Violazione del contraddittorio - Esame del merito - Inammissibilità*

*(Legge fallimentare artt. 15, 18 e 173; cod. proc. civ. artt. 101 e 345)*

**La mancata preventiva contestazione di un altro atto di frode nel corso del procedimento di cui all'art. 173 l.fall. davanti al Tribunale non può essere dedotto per la prima volta in sede di reclamo perché costituisce violazione del contraddittorio tra le parti, precludendo l'esame del merito.**

#### La Corte (*omissis*).

Con decreto 26-27.11.2015, il Tribunale di Vicenza ha revocato ai sensi dell'art. 173 l.fall. l'ammissione alla procedura di concordato preventivo disposta con decreto del 5.5.2014 nei confronti di I.L.I. s.r.l., ritenendo che, nonostante le modifiche apportate all'originaria proposta concordataria, fossero rimasti come "punti critici irrisolti o non risolvibili", tali da privare la proposta di trasparenza e la ricorrente di ulteriore credibilità, i seguenti: "a) indicazione di una passività inesistente di Euro 2.929.167,00, nei confronti di T.U., quale debito relativo ai canoni di affitto già riscossi relativi al periodo successivo al 13.1.2014; questa passività era indicata nella prima domanda di concordato (5.5.2014), ed è stata rimossa soltanto a seguito dei rilievi del C.G., nella seconda integrazione alla domanda di concordato (4.8.2015)"; b) "omessa indicazione nel ricorso di una voce di attivo, per Euro 990.000,00, relativa al credito che sarebbe maturato nei confronti della società collegata V. s.p.a., a seguito dell'escussione della garanzia prestata in suo favore da I.L.I. s.r.l.: avendo posto all'attivo gli immobili oggetto della garanzia ed al passivo l'importo della garanzia si sarebbe dovuto indicare lo stesso importo all'attivo, quale credito di rivalsa da esercitare nei confronti del debitore garantito (la società

collegata V. s.p.a.)"; c) "è rimasta non chiarita la domanda del C.G. (...) in merito all'eventuale diritto di regresso che dovrebbe esercitare la ricorrente a seguito del soddisfacimento diretto dei propri creditori da parte delle società collegate, in favore delle quali la ricorrente ha prestato garanzia"; d) "(*ad colorandum*) nella transazione preparata dalla ricorrente ... non viene indicato il modo con cui la ricorrente (*rectius*: l'acquirente) dovrebbe pagare il prezzo di acquisto dell'immobile di cui è affittuari a".

Quanto al requisito soggettivo, il Tribunale ha affermato che "Nell'evidenziare poste inesistenti (o nel tacere poste esistenti) è sufficiente la colpa grave, che, nella specie, rimane inescusabile", nulla rilevando "la tardiva sistemazione delle irregolarità".

Con sentenza n. 236/15 in pari data, su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale di Vicenza ha dichiarato il fallimento di detta società, ritenendone sussistente tutti i presupposti.

Avverso tali decreto e sentenza ha proposto reclamo I.L.I. s.r.l., dolendosi dell'erroneità della decisione di revoca del concordato preventivo e della conseguente dichiarazione di fallimento:

1 - per l'insussistenza degli atti di "frode" nella loro consistenza fattuale e giuridica;

2 - per non avere il Tribunale ricercato l'elemento soggettivo dell'intenzione fraudolenta.

Si è costituita in causa la curatela fallimentare, rimettendosi alla decisione della Corte.

Il procuratore generale presso la corte d'appello ha concluso per l'accoglimento del reclamo.

1 -Alla luce di quanto dedotto da parte reclamante in sede di discussione all'udienza del 24.3.2015, va, in primo luogo, osservato che le conclusioni del pubblico ministero nella presente sede, di accoglimento del reclamo, non possono costituire fatto impeditivo alla pronuncia nel merito da parte di questa Corte.

Deve a proposito essere evidenziato:

- che deve dubitarsi dell'ammissibilità per la parte pubblica di rinunciare alla iniziativa avviata, non essendo assimilabili i poteri di impulso del pubblico ministero nei processi civili (e fra essi di quello diretto all'apertura del fallimento) a quelli delle parti private, dal momento che il pubblico ministero agisce per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico, a differenza delle altre parti, che perseguono interessi individuali e privati. Il Pubblico Ministero è parte del processo solo in senso formale e non può disporre degli interessi d'indole generale, dei quali la legge gli affida la tutela. In altre parole, egli, una volta esercitata l'azione, non può rinunziarvi, spettando unicamente al giudice decidere sulla stessa, senza che eventuali ripensamenti del pubblico ministero possano vincolarlo nel momento della decisione e senza neppure che siano vincolanti le conclusioni da lui formulate;

- che l'eventuale "desistenza" del creditore successiva alla dichiarazione di fallimento non vale a far ritenere insussistente l'imprescindibile iniziativa di parte (Cass. 21478/2013; Cass. 3479/2011) e, dunque, non rileva ai fini della legittimazione ad agire. Parimenti deve escludersi che l'eventuale "ripensamento" della parte pubblica imponga al giudice investito del reclamo di limitarsi a constatare il venir meno della indispensabile iniziativa della parte legittimata.

2 - Passando all'esame del merito del reclamo, va premesso che la reclamante, quanto alla contestata omissione di indicazione di passività inesistente di Euro 2.929.167,00 nei confronti di T.U. s.r.l., ha rilevato che:

- vi è stata violazione del diritto di difesa del debitore, dal momento che la questione è stata affrontata per la prima volta nello stesso decreto di revoca;

- ILI, nella originaria proposta concordataria, non ha esposto un suo "debito" nei confronti di T.U., come affermato dal Tribunale nel decreto impugnato, ma in ossequio a quanto prevede l'art. 2424-bis c. 6 cod. civ., aveva indicato tra le passività (ma non tra i debiti) un risconto passivo, volto per l'appunto a rappresentare contabilmente proventi già percepiti (i canoni di locazione pattuiti nel contratto di locazione del 28.12.2006, da parte del conduttore T.U., mediante accollo privato del mutuo M.);

- la passività supposta come inesistente è stata rimossa non soltanto a seguito dei rilievi del C.G., nella seconda integrazione alla domanda di concordato (4.8.2015),

ma nel primo atto integrativo della proposta concordataria, depositato prima dell'apertura del procedimento ex art. 173 l.fall., laddove si legge che "la posizione al passivo nei confronti del creditore T.U. riferita al risconto contabile per canoni di locazione pagati anticipatamente viene interamente stralciata per effetto dell'estinzione per compensazione con la correlata voce di credito per regresso" che ILI maturerebbe a seguito dell'estinzione del debito di T.U. nei confronti di M. quale conseguenza della vendita degli immobili (di proprietà della stessa ILI) sui quali grava ipoteca a favore della banca stessa. Osserva questa Corte che effettivamente vi è stata violazione del diritto di difesa della reclamante.

Non vi è dubbio che il debito di ILI verso T.U. di Euro 2.929.167 sia stato esposto nella domanda di concordato (doc 3 della Reclamante p. 26, doc. 5, pag. 3) e nella relazione ex art. 161 co. 3 l.fall. (doc. 6 reclamante, pagg. 23, 39). Dell'inclusione di tale importo tra i debiti della società, si dà atto anche nella relazione ex art. 173 l.fall. (doc. 15 della Reclamante, pagg. 7, 8, 9), nonché nella memoria depositata dal Commissario giudiziale in data 9/10/2015, nel subprocedimento ex art. 173 l.fall., laddove si legge: "nella prima domanda di concordato tra i debiti era inserito il risconto passivo ... per Euro 2.929.167 e detto importo era stato inserito nella classe V... con percentuale di pagamento pari al 1,5%.

Nella relazione ex art. 173 l.fall. il Commissario ha contestato tale debito sostenendo che T.U. S.r.l. si è accollata il mutuo, e quindi di fatto non aveva pagato "anticipatamente" il canone di locazione" (circostanza che, però, questa Corte osserva non essere corrispondente al contenuto della relazione ex art. 173 l.fall., laddove una tale contestazione non è rinvenibile, mentre quella qui riportata - per la sua genericità - non può configurarsi come contestazione di compimento di atto in frode). "Nella seconda integrazione alla domanda di concordato tale importo non è stato indicato, come risulta dal prospetto già inserito nella Relazione ex art. 172 l.fall., pag. 15" (doc. 4 della Curatela pag.22).

D'altro canto ILI ha preso posizione sul proprio debito verso T.U., non solo nella proposta concordataria originaria (doc. 3 Reclamante pag. 26, doc. 5 della Reclamante; doc. 1 della Curatela pag. 23), ma anche nell'atto modificativo della proposta depositato l'11.7.2014 (doc. 14 Reclamante pagg. 8, 11) e nel corso del subprocedimento ex art. 173 l.fall. (a fronte della contestazione del PM che si sarebbe in realtà trattato di un "finanziamento soci dissimulato da atto di subaffitto": pagg. 4-5 memoria PG depositata il 2.10.2015, come riportata a pag. 19 della memoria 14.10.2015 della reclamante) affermandone l'inesistenza (doc. 5 della Curatela - memoria 14/10/2015, pagg. 19, 20: "T.U. non ha anticipato il pagamento del canone, bensì si è semplicemente accollata un mutuo verso la B.M. ... quale corrispettivo di godimento degli immobili"... "T.U. non avrebbe alcun credito verso ILI con riferimento all'accollo del mutuo M., infatti, secondo la corretta rappresentazione individuata dalle parti del citato rapporto, qualora T.U. debba liberare anticipatamente gli immo-

## Giurisprudenza

# Concordato preventivo

bili ... per agevolare il buon esito del concordato - ovvero qualora acquistasse essa stessa uno di tali immobili - non dovrebbe più, ovviamente, continuare a pagare il mutuo verso M. con la conseguenza che, in relazione al rapporto, T.U. non maturerà alcun credito verso ILI"). Occorre, peraltro, evidenziare che la contestazione e l'addebito che si tratti di una passività inesistente, valorizzabile quale atto in frode ai creditori ex art. 173, comma 1 l.fall. risulta essere stata fatta per la prima volta nel decreto emesso all'esito del procedimento instaurato in base a detta disposizione.

Va, invero, sottolineato, che nel corso dell'udienza del 24.3.2016 la difesa della Curatela ha precisato che il proprio documento 2 (note della G.d.F. alla Procura della Repubblica di Vicenza), nel quale viene, tra l'altro, valorizzata come atto ritenuto in frode l'esposizione nella domanda di concordato del debito di ILI verso T.U. (doc. 2, pagg. 3, 4, 6), non risultava tra i documenti presenti nel fascicolo del concordato.

Orbene, ritiene questa Corte che la mancata preventiva contestazione del ridetto atto in frode, da un lato, costituisce indubbia violazione di principio del contraddittorio e, dall'altro, esclude che in questa sede possa comunque procedersi all'esame nel merito della sussistenza o meno di un tale atto e della sua qualificazione come atto in frode ai creditori ai fini e per gli effetti di cui all'art. 173, comma 1 l.fall.

In altre parole, non può affermarsi che, dato atto della violazione in primo grado del diritto di difesa e considerato che lo stesso è stato pienamente espletato nella presente sede, incomba al giudice del reclamo vagliare *ex novo* la questione.

A sostegno di tale tesi soccorre in primo luogo la rigida procedimentalizzazione prevista dall'art. 173 l.fall.: il Commissario giudiziale, qualora accerti il compimento degli atti in frode indicati nel primo comma della norma citata, deve riferirne immediatamente al tribunale; viene dunque aperto d'ufficio il sub procedimento per la revoca del concordato preventivo; deve esserne data comunicazione al pubblico ministero e ai creditori; il procedimento si svolge con le forme di cui all'art. 15 l.fall. che si conclude con decreto e, se vi sia istanza del creditore o richiesta del PM e sussistano i presupposti, è dichiarato il fallimento con contestuale sentenza.

Pertanto il procedimento ex art. 173 l.fall. si apre con il decreto che ordina la convocazione del debitore in camera di consiglio affinché gli sia consentito il diritto di difesa nelle forme previste dall'art. 15 l.fall.

Quindi, secondo quanto previsto dall'art. 15, comma 4 l.fall., il decreto deve contenere l'indicazione che il procedimento è volto alla revoca all'ammissione al CP e la contestazione dei comportamenti fraudolenti addebitati, anche con richiamo *per relationem* all'informativa del CG.

Il che evidentemente non esclude che nel corso del procedimento vengano contestati ulteriori addebiti, purché sia consentita al debitore la piena esplicitazione del proprio diritto di difesa.

Dunque, se il legislatore ha previsto un procedimento ad hoc, con regole precise dirette a garantire il rispetto

del diritto del contraddittorio, è in quella sede ed esclusivamente in quella sede che devono essere mosse le specifiche contestazioni di compimento di atti in frode. Vale a dire che, con la chiusura della fase procedimentale svolta nel contraddittorio e assunto il procedimento in decisione, matura il momento preclusivo oltre il quale non possono essere mossi al debitore addebiti di ulteriori atti in frode.

Solo una volta conclusasi positivamente per il debitore il procedimento (nel senso che venga disposta la sua prosecuzione), ulteriori addebiti di atti in frode possono essere contestati, attraverso il medesimo meccanismo previsto dall'art. 173 l.fall. e, dunque, attraverso un nuovo e distinto procedimento ai sensi della norma citata.

È, pertanto, evidente che: il Tribunale non possa decidere ex art. 173 l.fall. sulla base di addebiti non contestati nel corso del procedimento di cui alla medesima norma; laddove ciò comunque avvenga, in sede di reclamo tali addebiti non possano essere vagliati nel merito.

D'altra parte, diversamente opinando, il debitore verrebbe privato di un grado di giudizio, dovendosi configurare il "nuovo addebito" come una sorta di una nuova *causa petendi*. Difatti, ancorché non sussistano preclusioni istruttorie nella fase di reclamo ex art. 18 l.fall., in ogni caso il debitore risulta pregiudicato dal fatto di non avere potuto pienamente esercitare il suo diritto di difesa sin dal primo grado.

Ne consegue che la revoca del concordato preventivo non può reggersi sulla sussistenza del - contestato - atto in frode consistente nell'esposizione della passività insussistente nei confronti di T.U.

3 - Quanto alla omessa indicazione di una voce di attivo di Euro 990.000,00 "relativa al credito che sarebbe maturato nei confronti della società collegata V. s.p.a., a seguito dell'escussione della garanzia prestata in suo favore da I.L.I. s.r.l." da M. per un mutuo stipulato a beneficio di V. S.p.A. e assistito da garanzia ipotecaria (di 2° grado) sugli immobili appartenenti ad ILI e destinati alla liquidazione, secondo la reclamante:

- alla data del deposito della proposta concordataria e dell'allegata situazione patrimoniale, siffatto credito di regresso non era già esistente, in quanto, ai sensi dell'art. 2871 c.c., il terzo datore di ipoteca (ILI) ha regresso contro il debitore (V.) solo dopo che "ha pagato i creditori iscritti o ha sofferto l'espropriazione". Si tratta, dunque, di un credito eventuale e, comunque, futuro, la cui omessa esposizione non può essere considerata ai sensi dell'art. 173, comma 1 l.fall., poiché tale norma, laddove fa riferimento all'occultamento di parte dell'attivo, intende sanzionare comportamenti del debitore anteriori al deposito della domanda di concordato;
- la proposta concordataria sin dall'origine è stata del tutto trasparente anche relativamente alla posizione del mutuo M., senza che l'eventuale diritto di regresso sia stato in alcun modo "occultato o dissimulato";
- la proposta concordataria metteva a disposizione della massa dei creditori "tutti i beni della Ricorrente" e, per-

tanto, anche le eventuali sopravvenienze attive (alle quali sarebbero assimilabili i crediti da regresso);

- attesa la funzione informativa assegnata all'apparato documentale richiesto al debitore proponente e considerato che gli atti di frode di cui all'art. 173, comma 1 l.fall. debbano avere l'attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, "il debitore non sarebbe stato così autolesionista da tacere alla massa dei creditori quelle migliori prospettive di soddisfacimento che potrebbero derivare dall'esercizio degli eventuali e futuri diritti di regresso: se così fosse, si tratterebbe di un silenzio innocente, sia perché non implicherebbe sottrazione di cespiti alcuno alla soddisfazione dei creditori, sia perché non potrebbe certo essere sintomatico di un'intenzione di ingannare i creditori stessi sulle effettive aspettative di realizzazione del credito";

- l'attivo concordatario nella proposta depositata il 05.05.2014 ammontava a complessivi Euro 7.462.815,00, mentre le rettifiche apportate dal commissario giudiziale nella relazione ex art. 172 l.fall. lo riducevano a complessivi Euro 7.173.584,00, senza che fosse considerato il credito in questione, che, dunque, non risulta essere stato "scoperto" dal Commissario.

Orbene, rileva questa Corte che non condivisibile è l'affermazione del Tribunale secondo cui vi sarebbe stato occultamento del credito di regresso verso V. s.p.a.

Sostiene il Fallimento che siccome nella proposta di concordato era prevista la liquidazione dell'intero patrimonio della reclamante, ivi compresi i beni immobili (doc. 3 della Reclamante), anche di quello gravato da ipoteca per debito contratto da V. S.p.a. verso M., necessariamente sarebbe dovuto avvenire il pagamento del creditore ipotecario da parte di ILI, con il sorgere del conseguente diritto di regresso di quest'ultima verso V. s.p.a.

Occorre, peraltro, evidenziare, in primo luogo, che nella proposta di concordato, in relazione al debito verso M., non era stato sic et simpliciter previsto il pagamento del creditore privilegiato; era stato, invece, appostato un fondo "Garanzie Prestate" riferito a garanzie concesse in favore di alcuni istituti di credito per debiti contratti, tra le altre, da V. s.p.a. e tale fondo era stato allocato in privilegio (doc. 5 della Reclamante). Trattandosi di fondo avrebbe dunque dovuto essere attinto solo nel caso in cui V. s.p.a. - debitore principale - non avesse soddisfatto il debito verso M.

Se, invece, lo avesse soddisfatto non si sarebbe dovuto far ricorso al fondo, con liberazione delle somme ivi accantonate e neppure sarebbe sorto alcun credito di regresso di ILI verso V. s.p.a.

È pur vero che la proposta concordataria originaria prevedeva la vendita degli immobili (ivi compreso quello su cui gravava l'ipoteca a garanzia del credito di M.) entro il mese di settembre 2015, liberi dai gravami sugli stessi insistenti (come da proposta di T.U.).

Il che, infatti, ha, però, indotto la proponente ad apportare le modifiche di cui al primo atto integrativo e modificativo della proposta concordataria dell'11.7.2014, laddove in considerazione di quanto sopra viene espo-

sto: "la corresponsione del prezzo di vendita al netto dei "debiti residui" - così come prevista nell'offerta irrevocabile di T.U. s.r.l. - comporterebbe per la Ricorrente lo stesso sacrificio economico che la medesima andrebbe a sopportare nel caso in cui pagasse i suddetti debiti di terzi. Tuttavia, in tale ultima ipotesi, la ricorrente avrebbe certamente diritto di regresso nei confronti dei debitori garantiti, diritto che, viceversa, non le spetterebbe nell'ipotesi in cui essa vendesse gli immobili al netto delle ipoteche, non avendo effettuato alcun pagamento alle banche garantite...Al fine di rimediare all'incongruenza sopra illustrata - ossia del mancato regresso in capo alla Ricorrente, pur a fronte del pregiudizio economico che la medesima si troverebbe a sopportare accettando il corrispettivo della compravendita "al netto dei debiti residui" gravanti sull'immobile - si prevede che la vendita degli immobili debba avvenire all'integrale valore di stima", con liberazione delle ipoteche gravanti sugli immobili e, dunque, con pagamento anche del debito di V. s.p.a. verso M.

"A fronte di siffatti pagamenti maturerà così diritto di regresso nei confronti dei debitori liberati". (pagg. 3-4). Pertanto ritiene questa Corte che la sussistenza di un credito di regresso verso V. s.p.a. sia stata contemplata nella proposta concordataria.

Rileva il Fallimento che tale credito non solo è stato inizialmente omesso (ma di ciò si è già detto), ma allorché - dopo i rilievi del Commissario giudiziale - lo ha esposto lo ha immediatamente espunto dall'attivo adducendo giustificazioni generiche ed insufficienti, ed anzi inconciliabili con le informazioni disponibili sulla situazione e sulla capienza patrimoniale del debitore e che di fatto integrano una sostanziale rinuncia ad un ingentissimo credito.

In particolare il Fallimento ha osservato che, nel primo atto integrativo e modificativo della proposta, ILI, ha svalutato integralmente tale credito, (doc. 14 della Reclamante, pagg. 4 e 5), esponendo che "Quanto al credito di regresso che la Ricorrente vanterebbe verso la V. S.p.a., va rilevato che quest'ultima, al momento, si trova in una situazione di forte tensione finanziaria (come risulta dal progetto di bilancio relativo all'esercizio 2013) e difficilmente riuscirà ad adempiere alla futura richiesta di pagamento".

Ma ciò contrasterebbe con:

- l'informazione, resa dalla stessa ILI nel secondo atto modificativo della proposta di concordato, circa l'approvazione da parte della debitrice V. S.p.a. di un piano industriale che prevede un progressivo "miglioramento della performance economica" (doc. 8), e comunque il pagamento a breve termine di rate di mutuo per oltre 330.000 Euro, (doc. 22 della Reclamante p. 7);

- la situazione patrimoniale denunciata da V. S.p.a., che tanto nell'esercizio 2013 quanto nell'esercizio 2014 ha dichiarato un patrimonio netto in attivo di circa 4 milioni di Euro (doc. 6, 7).

Orbene, osserva questa Corte, che un conto è omettere di indicare la sussistenza di un potenziale credito di regresso, altro conto è indicarlo e svalutarlo. Nel primo caso vi è atto in frode, nel secondo caso si pone una

## Giurisprudenza

# Concordato preventivo

questione di valutazione circa la convenienza economica del concordato, valutazione che spetta ai creditori, una volta adeguatamente informati.

Il che nella specie è avvenuto: il credito da regresso è stato indicato e ne è stata prospettata la irrealizzabilità. Spetta ai creditori decidere, sulla base di tale informativa, se la proposta è conveniente o meno.

D'altra parte è evidente che nel corso del Procedura il Liquidatore debba comunque tentare il recupero di siffatto credito.

4 - Quanto al mancato chiarimento sull'eventuale diritto di regresso che dovrebbe esercitare la ricorrente a seguito del soddisfacimento diretto dei propri creditori da parte delle società collegate, osserva la reclamante che:

- la proposta concordataria indicava - necessariamente - il trattamento previsto per i creditori, garantiti da fideiussione rilasciata dal debitore prima del deposito della domanda di concordato, in caso di escussione della garanzia fideiussoria successivamente all'omologazione del concordato stesso (Classe 3, con soddisfazione indicativa pari al 4%, poi classe 4 con soddisfazione del 3%), prevedendo nel secondo atto di modificazione della proposta, depositato il 04.08.2015, in conformità all'art. 1941 c.c., che: "Nell'ipotesi in cui alla conclusione della procedura concordataria non risultasse dovuto alcun importo ai creditori collocati nella Classe 4, l'importo previsto a loro favore sarà ripartito fra i creditori delle Classi 1, 2, 3 e 5 in proporzione alle somme assegnate nel piano concordatario;

- trattandosi di creditori "di rischio", in sede di adunanza dei creditori ex art. 172 l.fall. il GD non aveva loro riconosciuto il diritto di voto;

- pertanto non è vero che la domanda del commissario giudiziale (cosa cioè sarebbe accaduto nel caso in cui le società obbligate in via principale avessero adempiano regolarmente alle proprie obbligazioni) fosse rimasta senza risposta.

Rileva questa Corte che:

- per il credito di regresso verso V. s.p.a. va ribadito quanto sopra esposto;

- per il credito di regresso verso T.U. nell'atto modificativo della proposta depositato l'11.7.2014 viene esposto che "T.U. è a sua volta creditrice nei confronti della ricorrente per l'importo di Euro 2.929.166,00 per canoni di locazione pagati anticipatamente" e precisato che "la posizione al passivo nei confronti di T.U. riferita al sconto contabile per canoni di locazione pagati anticipatamente viene interamente stralciata per effetto dell'estinzione per compensazione con la correlata voce di credito per regresso" derivante dalla cessazione anticipata del contratto di locazione (doc. 14 Reclamante, pp. 8 e 11). Ma l'estinzione del debito da regresso tramite compensazione con il credito per canoni di locazione anticipati non risulta giuridicamente possibile, stante l'inesistenza di detto credito da canoni di locazione.

Va, infatti, osservato che la previsione dell'estinzione dell'intero debito per canoni di locazione mediante accollo del mutuo gravante sull'immobile, in tanto poteva dar luogo a un credito di restituzione in capo alla con-

dutrice, in quanto vi fosse stata l'estinzione del mutuo di cui all'accollo o se l'accollo fosse stato liberatorio.

Pacificamente esclusa la prima ipotesi, ritiene questa Corte che neppure ricorra la seconda. Nel qualificare l'accollo come liberatorio non milita il doc. 36 dimesso dalla reclamante all'udienza del 24.3.2015, nel quale si legge solamente che T.U. è subentrata nel finanziamento da rimborsare a M., ma non che ciò sia avvenuto con liberazione di I.L.I. s.p.a. D'altro canto M. ha fatto valere in sede concordataria anche il credito per le rate di mutuo non scadute (doc. 3 Curatela). E del fatto che non si tratti di accollo liberatorio era ben consapevole anche la reclamante, tanto che nella proposta concordataria è stato stanziato un fondo "Garanzie Prestate" in privilegio, riferito - tra l'altro - a garanzia concessa in favore di Istituti di credito per debiti contratti, anche, da T.U. srl (doc. 3 reclamante, pag. 27).

In ogni caso tale credito risulta essere stato integralmente svalutato per le ragioni esposte a pag. 8 dell'atto integrativo e modificativo della proposta concordataria dell'11.7.2014 (doc. 14 Reclamante): T.U. garantisce integralmente Autoloans per il prestito d'uso concesso alla ricorrente, stimato per Euro 7.198.321,44, nonché B.E. nell'interesse della ricorrente per Euro 328.045. E sul punto il fallimento non ha opposto contestazione alcuna;

- per i crediti dovuti in chirografo (terza classe con soddisfazione del 4%) per garanzie rilasciate a favore delle altre società collegate (T.U.R.E.), risulta essere stata data risposta sul credito di regresso a pag. 7 dell'atto integrativo e modificativo della proposta concordataria dell'11.7.2014 (doc. 14 Reclamante), facendo richiamo all'art. 61 l.fall. e all'art. 169 l.fall. e all'impossibilità di esercitare il regresso sino al momento in cui i creditori di rischio non risulteranno integralmente soddisfatti (nel CP era prevista la soddisfazione al 3%) e ugualmente sul punto il Fallimento non ha mosso contestazioni.

Il proponente, poi, ha anche fornito chiarimenti e risposta circa la sorte dell'attivo liberato in caso di diretto pagamento da parte dei debitori principali dei crediti garantiti.

5 - Quanto alle pretese non chiare modalità di pagamento del Lotto 1 acquistato da T.U. s.r.l., rileva la reclamante che si tratta di aspetto che non riguarda la proposta concordataria, ma un accordo transattivo che avrebbe dovuto essere autorizzato dal G.D. ai sensi dell'art. 167 comma 2 l.fall. e che, se ritenuto "opaco" avrebbe potuto essere chiarito o autorizzato con modifica della clausola "opaca".

Ritiene questa Corte che la questione delle modalità di pagamento di certo rileva ai fini della proposta concordataria, non solo ai fini di conoscere se entrerà nella procedura disponibilità liquida oppure vi sia accollo del mutuo, ma anche, nella prima ipotesi, se il debitore è solvibile. In ogni caso non si rilevano sul punto profili tali da determinare la revoca del concordato.

6 - Pertanto, conclusivamente, ritiene questa Corte che, alla luce di quanto sopra esposto (e con assorbi-

mento degli ulteriori motivi di reclamo), non sussistano i presupposti per la revoca del concordato. Il che comporta la revoca della dichiarazione di fallimento della reclamante e l'annullamento del provvedi-

mento di revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l.fall. (*omissis*).

### Procedimento di revoca del concordato e principio del contraddittorio di Marcello Gaboardi (\*)

Sotto un primo profilo, la sentenza in commento offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni sul ruolo del pubblico ministero nei procedimenti giurisdizionali all'interno delle procedure concorsuali, allo scopo di valorizzare soprattutto i poteri della parte pubblica in rapporto alla sorte dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento in caso di successiva adesione al reclamo del debitore. Sotto un secondo profilo, la sentenza in esame consente invece di soffermarsi sulle modalità di attuazione del principio del contraddittorio nel procedimento di revoca del concordato preventivo, osservando innovativamente che la contestazione di nuovi addebiti in sede di reclamo avverso il decreto di revoca del concordato (e la contestuale sentenza di fallimento) lede, malgrado la ritenuta inapplicabilità del regime preclusivo dell'art. 345 c.p.c., il diritto di difesa del debitore e deve condurre, pertanto, all'annullamento del provvedimento di revoca e alla prosecuzione della procedura concordataria in luogo di quella fallimentare.

#### Breve premessa

La sentenza in commento offre lo spunto per esaminare alcuni aspetti di un tema tradizionale, quale è quello del ruolo del pubblico ministero nel processo civile, e al contempo un tema assai più innovativo (e alquanto trascurato in dottrina), come quello della attuazione del contraddittorio nel procedimento di revoca del concordato preventivo.

Sebbene tali problematiche risultino tra loro, per molti versi, scollegate e non si alimentino, come spesso succede in una sentenza, l'una con l'altra, le conclusioni raggiunte dalla corte d'appello di Venezia meritano una scrupolosa attenzione in rapporto a ciascuna delle questioni menzionate. E ciò non solo per l'incidenza pratica, ma anche - e in misura decisamente non minore - per la rilevanza dogmatica delle argomentazioni svolte. Per questa ragione appare, quindi, opportuno ripartire l'analisi della sentenza in commento in due momenti distinti, coincidenti appunto con le singole questioni esaminate nella pronuncia, riservando alla conclusione del presente contributo un tentativo di composizione ad unità, o per lo meno ad armonia, delle considerazioni che si andranno svolgendo su ciascuna delle tematiche prospettate.

La vicenda da cui la pronuncia in esame prende le mosse attiene, in buona sostanza, ad un procedimento di revoca del concordato preventivo di una S.r.l. Il procedimento si era concluso, in primo grado, con la pronuncia di un decreto di revoca ad opera del tribunale fallimentare di Vicenza, il quale aveva ritenuto sussistenti, a tal fine, una serie di atti fraudolenti della debitrice ex art. 173, comma 1, l.fall. Contestualmente alla pronuncia del decreto, il tribunale vicentino, previo accertamento della ricorrenza di tutti i presupposti, aveva altresì accolto la richiesta di fallimento della debitrice avanzata dal P.M., dichiarando così aperta ad ogni effetto la procedura liquidatoria. La società fallita, dal canto suo, aveva provveduto, infine, a reclamare cumulativamente il decreto di revoca e la contestuale sentenza di fallimento sul duplice rilievo di una asserita insussistenza degli atti fraudolenti accertati dal tribunale fallimentare e, subordinatamente, dell'omesso esame dell'elemento soggettivo dell'intenzione fraudolenta in capo alla medesima reclamante.

Ecco dunque che, nell'ambito della trattazione e discussione di tale reclamo, si viene a definire anche il contesto teorico all'interno del quale sono emerse - *inter alia* - le questioni processuali sopra

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

## Giurisprudenza

# Concordato preventivo

accennate; questioni sulle quali pare ora opportuno soffermarsi nelle pagine che seguono.

### Iniziativa fallimentare del P.M. e indisponibilità della situazione sostanziale

Per quel che riguarda, anzitutto, il ruolo del P.M. nella vicenda in esame, appare quasi superfluo indugiare sul suo interesse a contraddire nel giudizio di reclamo, solo che si consideri come il P.M. abbia certamente assunto la qualità di parte processuale nell'istruttoria prefallimentare dal medesimo promossa (1).

Il problema sollevato dalla reclamante in occasione dell'udienza di discussione *ex art.* 18 l.fall. è derivato, invece, dal contegno processuale del P.M. dinanzi alla stessa corte d'appello, allorché, come evidenziato nella sentenza in esame, egli "ha concluso per l'accoglimento del reclamo" (2): e cioè in senso difforme all'iniziativa per la dichiarazione di fallimento della debitrice che era stata intrapresa dallo stesso P.M. a seguito della revoca del concordato. Di qui, allora, l'interrogativo in merito ad un'eventuale efficacia impeditiva della pronuncia di merito conseguente alla sopravvenuta desistenza del P.M. all'iniziativa per la declaratoria di fallimento.

Come emerge chiaramente dalla ricostruzione contenuta nella sentenza in commento, un tale interrogativo è scaturito da un rilievo svolto in udienza della stessa reclamante, la quale, se poteva pur dirsi astrattamente interessata a profittare del ravvedimento del P.M., ha palesato il timore che la desistenza avversaria potesse aprire la strada ad una *absolutio ab instantia* nel giudizio di reclamo, impedendo così la pronuncia di una decisione (favore-

vole) sul merito dell'impugnazione. Non meno chiaramente, però, la Corte d'Appello ha rilevato che la scelta del P.M. di desistere, in sede di reclamo, dalla prosecuzione dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento non era neppure idonea ad ingenerare il pericolo di una preclusione alla pronuncia sul merito. E ciò in quanto il P.M. rappresenta - secondo una qualificazione tradizionale - una *parte pubblica* del processo civile; una parte, cioè, promotrice di un'iniziativa per la tutela giurisdizionale che è in funzione non già della salvaguardia di un interesse privato disponibile, bensì di un interesse generale o pubblico indisponibile (3). Del resto, l'instaurazione di una stretta correlazione tra l'attribuzione al P.M. del potere di impulso processuale e la rilevanza pubblicistica dell'interesse sostanziale sotteso alla fattispecie dedotta in giudizio rappresenta il rimedio con cui l'ordinamento assicura un'efficace tutela a quelle situazioni soggettive in cui trova espressione, accanto ad una posizione di vantaggio privato, un interesse per l'appunto sovraindividuale; un interesse, quest'ultimo, la cui salvaguardia non può essere in alcun modo pregiudicata dal legittimo esercizio del potere del privato di promuovere la sua tutela giurisdizionale. In particolare, l'esigenza di salvaguardare l'interesse pubblicistico deve essere soddisfatta in forme che non siano impedita dalla (estrema ma pur sempre) legittima scelta del singolo di *non reagire* - o *non reagire più* - ad una violazione di quella situazione soggettiva privata a cui, come detto, sia strettamente correlato un interesse di indole generale.

Tali forme si esplicano sia nella tassatività delle ipotesi di esercizio dell'azione civile (art. 69 c.p.c.) (4) e sia, per quanto qui più interessa, nel-

(1) Sulla qualifica del P.M. alla stregua di parte processuale in senso soltanto formale, a cui è connaturata la capacità di porre in essere ogni atto processuale funzionale alla progressione del procedimento e di essere altresì destinatario degli effetti degli atti processuali che sono in esso compiuti, ma senza alcun potere di disposizione degli interessi sostanziali sottesi all'iniziativa processuale, v. Cass. 26 gennaio 1999, n. 698, in *Riv. not.*, 1999, 1509 ss.; Cass. 26 marzo 2003, n. 4467, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 612. Invero, la conclusione sembra valere non solo per l'istruttoria prefallimentare, ma anche per il procedimento di revoca del concordato (che costituisce, per così dire, l'antecedente logico e giuridico della richiesta di fallimento del debitore), dal momento che il decreto con cui il tribunale fallimentare dispone la convocazione delle parti dev'essere comunicato *ex art.* 173 l.fall. anche al P.M. (e ai creditori), in funzione proprio della richiesta di fallimento e, quindi, dell'esercizio di rilevanti poteri processuali (cfr., da ultimo, F.S. Filocamo, *Sub art. 173*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, III ed., Padova, 2014, 2333).

(2) Le parole tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento.

(3) Sulla natura di parte pubblica del P.M. nel processo civile v. M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1970, 437 ss.; Id., *Pubblico ministero in diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1977, 140 ss.; V. Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 296 ss. Con particolare riguardo alla posizione assunta nel procedimento di concordato preventivo v., per tutti, G. Bozza, *Il pubblico ministero nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2010, 881 ss.

(4) Nel senso della tassatività delle ipotesi di impulso processuale da parte del P.M. v., in particolare, Cass. 16 ottobre 2012, n. 17764, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 1219; Cass. 26 gennaio 1999, n. 698, cit.; in dottrina, ove l'opinione è unanime, v. M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, cit., 66 ss.; Id., *Sulla tipicità dell'azione civile del pubblico ministero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 419 ss.). Ed invero, malgrado la generica (e, forse, non sufficientemente rigorosa) formulazione dell'art. 69 c.p.c., il carattere chiaramente eccezionale dell'azione civile del P.M. - emergente, anzitutto, dalla disposizione dell'art. 2907 c.c. - sottrae all'interprete ogni potere estensivo o analogico delle fattispecie sparse nella legge. Come puntualmente

l'indisponibilità (5) dell'interesse sostanziale sotteso alla fattispecie dedotta in giudizio dal P.M. Se è vero, infatti, che l'indisponibilità è un requisito essenziale e inderogabile di una situazione soggettiva a rilevanza pubblicistica (se non altro perché esso discende da una previsione imperativa di legge), allora tale requisito non può essere eluso, in quanto tale, nemmeno dal P.M., nel cui potere di impulso deve riconoscersi soltanto un'alternativa processuale all'iniziativa privata (6). In altri termini, il potere di impulso dell'azione civile non assegna al P.M. qualcosa in più di un *mero diritto processuale di azione* (7), ovvero sia un potere di agire (solo) processualmente per la tutela di un interesse pubblicistico, a cui resta, pertanto, estranea ogni legittimazione ad incidere sulla sorte sostanziale del diritto soggettivo correlato a tale interesse pubblicistico (8). Ne consegue che la funzione meramente processuale dell'azione promossa dal P.M. non è il corollario della natura pubblica dell'ufficio, quanto piuttosto della natura indisponibile (o, se si preferisce, pubblica) dell'interesse di cui è promossa la tutela; di talché - va aggiunto - quand'anche il privato può agire in via concorrente per la tutela della propria sfera giuridica (salvaguardando, incidental-

mente, anche l'interesse pubblicistico che vi è sotteso), si deve concludere nel senso che egli sia parimenti assoggettato al divieto di disporre di una tale situazione sostanziale.

Se poi ci si interroga su quale sia l'interesse pubblicistico sotteso al procedimento di apertura del fallimento, non si può fare a meno di rinviare all'ampio dibattito sull'oggetto di tale processo. E se non è certo questa la sede per esaminare un problema così vasto e complesso, è però opportuno escludere che possa trarsi alcuna conclusione in ordine all'oggetto dell'istruttoria prefallimentare dalla previsione *in parte qua* di un potere di iniziativa in capo al P.M. In particolare, la posizione assunta dal P.M. nel giudizio prefallimentare non implica affatto che l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento debba risolversi, per ciò solo, in un mero atto di impulso della pronuncia del giudice. Se è vero, infatti, che la titolarità di una mera azione in capo al P.M. può apparire astrattamente consentanea con un'idea della domanda di fallimento come atto finalizzato a promuovere l'esercizio di una giurisdizione meramente volontaria (9), non c'è dubbio tuttavia che l'iniziativa pubblica per la dichiarazione di fallimento - e, in genere, per la proposizione

osservato, è anzi doveroso concludere che un disconoscimento del potere di esclusiva del privato in ordine alla disposizione del proprio diritto soggettivo in sede processuale (un disconoscimento che consegue, appunto, alla corrispondente attribuzione del potere di azione al P.M.) non può ricavarsi automaticamente neppure dalla previsione legislativa di una legittimazione ad agire (c.d. diffusa) in capo a chiunque vi abbia interesse, dovendosi pur sempre riscontrare, nel caso concreto, la sussistenza di un bisogno di tutela giurisdizionale nei riguardi di un interesse di indole generale (sul punto v. ancora M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, cit., 127).

(5) Ci si riferisce qui ad una indisponibilità in senso sostanziale: al P.M. è sottratto, infatti, ogni potere di trasferimento del diritto soggettivo a cui si riferisce l'iniziativa processuale (avente ad oggetto, invece, la tutela dell'interesse pubblicistico) e, in genere, ogni potere di incidere sull'esistenza o sul modo di essere del diritto soggettivo, in quanto tali poteri presuppongono una titolarità, per l'appunto, sul piano sostanziale della situazione soggettiva (cfr., in particolare, Cass., SS.UU., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Guida dir.*, 2008, 58 ss.).

(6) Il potere di impulso processuale del P.M. è previsto, di regola, come un'alternativa concorrente con il potere di azione del singolo (ad esempio: artt. 117 o 2409 c.c.) ovvero come un mezzo sussidiario dell'iniziativa privata (ad esempio: art. 420 c.c.): cfr. V. Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, cit., 306 ss. V. anche la successiva nt. 12.

(7) È questa, invero, l'impostazione teorica più convincente: ed infatti, come esplicitato nel testo, la qualificazione del potere di impulso processuale del P.M. alla stregua di una "mera azione" è operata sul rilievo che l'iniziativa della parte pubblica è scevra dalla titolarità sostanziale (e, pertanto, da ogni potere dispositivo) della situazione soggettiva fatta valere (così, in particolare, M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, cit., 431 ss.). A tale impostazione si contrappone, però, tradizionalmente quella che interpreta l'iniziativa del P.M. come la manifestazione di una legittimazione ad agire in via straordinaria

(art. 81 c.p.c.), seppure imposta (e non semplicemente consentita) dalla legge (v., in questo senso, soprattutto E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, VII ed., Milano, 2007, 128-129, ove la qualificazione alla stregua di una "sostituzione officiosa" evoca proprio quest'ultimo aspetto). Sebbene la contrapposizione sia soltanto teorica e abbia una modesta rilevanza pratica (come notano C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, XXV ed., Milano, 2016, 487-488, testo e nota 9), è innegabile che le caratteristiche essenziali del ruolo del P.M. nel processo civile non si concilino con il paradigma della *legitimatio ad causam* straordinaria, tenuto conto, in particolare, dell'assenza di qualsiasi rapporto sostanziale tra sostituto (P.M.) e sostituito (privato), oltre che dei casi in cui l'iniziativa officiosa della parte pubblica ha una rilevanza escludente di quella privata (per questi riferimenti v. ancora M. Vellani, *op. loc. ult. cit.*).

(8) È difficile immaginare situazioni nelle quali la tutela dell'interesse pubblicistico sia totalmente svincolata dalla salvaguardia di una situazione giuridica soggettiva: ed infatti, non solo la tutela giurisdizionale (cognitoria) si esplica nell'accertamento dei diritti soggettivi (art. 2909 c.c.), ma la stessa *ratio* ispiratrice della funzione del P.M. nel processo civile rivela come il giudizio intrapreso dal P.M. per la salvaguardia di un interesse pubblico produca un'efficacia riflessa sulla situazione soggettiva che è, per così dire, sottesa all'iniziativa pubblica.

(9) Nel senso che l'istruttoria prefallimentare debba ascrivere al novero dei processi a contenuto oggettivo, in cui cioè è assente ogni esigenza di tutela di un diritto soggettivo e, con essa, una vera e propria domanda giudiziale v., per tutti, E. Grasso, *Pubblico ministero (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 1. Nello stesso senso anche F. Morozzo Della Rocca, *Pubblico ministero (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1078 e, in giurisprudenza, Cass. 5 dicembre 2001, n. 15407, in questa *Rivista*, 2002, 1295 ss.; Cass. 19 settembre 1995, n. 9884, *ivi*, 1996, 353 ss.

## Giurisprudenza

# Concordato preventivo

di un'azione civile - sia compatibile anche con un processo in cui venga fatta valere, secondo l'opposto paradigma della giurisdizione contenziosa, la violazione di una situazione soggettiva. D'altra parte, come è stato segnalato, il paradigma della giurisdizione contenziosa sembra valere anche per l'istruttoria prefallimentare alla stregua, per lo meno, di un accertamento costitutivo del regime concorsuale di soddisfazione delle ragioni creditorie (10); e se poi si considera che il paradigma della giurisdizione contenziosa - e, in particolare, della tutela di una situazione soggettiva - non è estraneo neppure a molte delle altre ipotesi in cui la legge attribuisce al P.M. una legittimazione ad agire in via concorrente rispetto a quella del titolare di un diritto soggettivo (11), si può ben concludere nel senso che la tutela dell'interesse pubblicistico nell'istruttoria prefallimentare - affidata al P.M. in ossequio (e non in deroga) al principio dispositivo che anima il nostro ordinamento processuale (art. 2907 c.c.) - non prescinde dalla tutela di un diritto soggettivo, ma anzi, come accade nella maggior parte delle ipotesi di iniziativa del P.M. (12), si realizza proprio attraverso l'attivazione della tutela giurisdizionale di un diritto soggettivo.

E questo sembra essere il sostrato dogmatico da cui hanno tratto origine anche le conclusioni della corte d'appello di Venezia allorché ha escluso ogni potere di rinuncia *all'azione* in capo al P.M., stabilendo altresì l'irrelevanza ai fini della decisione sul merito di ogni atto di desistenza (*rectius*: di rinuncia *agli atti del giudizio*) in sede di reclamo fallimentare. Ed infatti, la rilevanza pubblicistica dell'interesse perseguito e la natura meramente processuale

dell'iniziativa del P.M. finiscono, anzitutto, per porre l'accento sul fatto che l'impulso processuale della parte pubblica non fa propriamente valere una situazione soggettiva, ma si limita a promuovere un'iniziativa processuale che assume la funzione di mero presupposto per la pronuncia giudiziale, la quale, nel momento stesso in cui tutela l'interesse generale (per la cui salvaguardia il P.M. ha agito), esplica i suoi effetti anche sulla sfera giuridica della parte o, comunque, del titolare dell'interesse privato (13).

Di qui, allora, l'inammissibilità di quell'atto di disposizione sostanziale del diritto soggettivo che prende il nome - un po' improprio - di rinuncia all'azione, ma poi anche, come detto, l'inammissibilità di quel diverso atto, avente natura meramente processuale, che è la rinuncia agli atti del giudizio o, come anche si dice in sede fallimentare, di desistenza dalla richiesta di fallimento (14). Non è questa la sede per indugiare su una tale distinzione, se non per osservare che, mentre la prima ipotesi di rinuncia, comportando una vera e propria disposizione abdicativa del diritto sostanziale, preclude la riproposizione dell'istanza di tutela giurisdizionale di quel diritto, la seconda ipotesi - che rileva anche nella fattispecie in esame - opera solo *sul piano del processo* e non impedisce che l'azione a tutela di quel diritto venga nuovamente proposta in un successivo momento (15). La distinzione sembra utile, quindi, per evidenziare come la corte d'appello veneziana abbia agito correttamente non solo quando ha escluso che la richiesta di accoglimento del reclamo potesse configurare una sorta di rinuncia all'azione, ma anche quando ha deciso, altrettanto

(10) Di "accertamento costitutivo processuale" discorre, in particolare, M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 161 ss. L'impostazione si è venuta affermando, com'è naturale, soprattutto dopo la riforma degli artt. 6 e 7 l.fall. ad opera della novella del 2006, con l'abrogazione del potere officioso del tribunale fallimentare e la valorizzazione del potere di azione del pubblico ministero: cfr., su questi aspetti, M. Fabiani, *Sub artt. 6-7, in Il nuovo diritto fallimentare*, I, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, 145 ss.; Id., *Pubblico ministero, iniziativa di fallimento e potere di impugnazione*, in questa *Rivista*, 2007, 765 ss.; F. Auletta, *Sub art. 7, in Commentario alla legge fallimentare*, I, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 137 ss.; per i numerosi riferimenti v. anche G. Minutoli, *Riflessioni sul potere di azione del pubblico ministero tra vecchia e nuova legge fallimentare*, in questa *Rivista*, 2006, 1191 ss.

(11) V. *supra* la nt. 6.

(12) Ad eccezione, cioè, dei casi in cui l'iniziativa del pubblico ministero assume rilevanza in via esclusiva: in questi casi, infatti, l'esigenza di salvaguardare, unitamente all'interesse pubblico, una situazione giuridica privata appare, di per sé, meno stringente, non risultando possibile che la tutela giurisdizionale di un diritto soggettivo venga sottratta *in toto* al potere dispositivo del suo titolare (v., non senza qualche perplessità,

l'art. 53, L. 4 maggio 1983, n. 184).

(13) Se è vero, infatti, che l'attribuzione del potere di azione al pubblico ministero sottrae al titolare del diritto la disponibilità esclusiva della sua tutela in sede giurisdizionale, non è men vero che il giudicato che si forma a seguito dell'esercizio dell'azione da parte del pubblico ministero è destinato a investire esclusivamente le parti in ragione della titolarità del rapporto sostanziale sotteso all'iniziativa processuale della parte pubblica (v., per tutti, M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, cit., 754).

(14) Sulla sostanziale equiparabilità della desistenza in sede fallimentare alla rinuncia agli atti del giudizio *ex art. 306 c.p.c.* v., per tutti, M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., 183-184. In giurisprudenza, cfr. Cass. 14 ottobre 2009, n. 21834, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 1446, secondo cui la pronuncia di rigetto della domanda di fallimento è incompatibile con un atto di desistenza del creditore istante, poiché è necessario, ai fini del rigetto, che l'istanza "continui ad essere effettivamente coltivata e (...) sia ritenuta priva di fondamento".

(15) Per questa differenza v., *ex multis*, Cass. 13 marzo 1999, n. 2268, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2689 ss. In dottrina v., invece, A. Giussani, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 843 ss.

correttamente, di trattare tale scelta del P.M. alla stregua di una rinuncia agli atti del giudizio: e ciò perché - come ha ricordato opportunamente la stessa corte - la desistenza dell'attore non esime affatto il giudice dal dovere di pronunciarsi sulla domanda, né determina di per sé l'estinzione del processo, scaturendo quest'ultima - come noto - dall'accettazione dell'atto di rinuncia da parte del convenuto costituito che abbia sollevato, quanto meno, una difesa nel merito (art. 306 c.p.c.) (16).

Né ad una diversa conclusione si perviene se si prende in esame la desistenza dall'istanza di fallimento, ancorché proveniente dal P.M., solo che si consideri come la parte desistente - e tale può essere, almeno sul piano formale, anche il P.M. - rinunci al proprio diritto (processuale) ad ottenere una pronuncia sul merito in quel giudizio. Ecco dunque che la desistenza consente al P.M. di rinunciare all'unica prerogativa da cui, a ben vedere, possa legittimamente desistere e, cioè, quella meramente processuale alla pronuncia della sentenza di merito in quel processo. Allorché però tale atto di desistenza trovi espressione - come accaduto nella vicenda in esame - nel corso del giudizio di reclamo e, cioè, successivamente alla declaratoria di fallimento, tale rinuncia si rivela, di per sé, astrattamente inidonea a comportare l'estinzione del processo e la conseguente *absolutio ab instantia*, in quanto, se anche si prescinde dal fatto che, in concreto, è mancata l'accettazione della controparte costituita (17), essa non può comunque impedire che la domanda di fallimento sia ritenuta ammissibile e, quindi, decidibile nel merito: e questo perché la domanda *continua ad essere* astrattamente accoglibile anche nel corso del giudizio di reclamo, in forza del fatto che la legittimazione ad agire dell'istante - o meglio: l'iniziativa del P.M. - persiste-

va ancora nel momento in cui la causa era stata rimessa in decisione nel giudizio di primo grado (18).

### Principio del contraddittorio e procedimento di revoca del concordato

Non c'è bisogno di un lungo discorso nemmeno per inquadrare la questione della salvaguardia del diritto al contraddittorio nel procedimento di revoca del concordato. È sufficiente, infatti, osservare che le lamentele della reclamante si sono concentrate sulla decisione del tribunale fallimentare di porre a fondamento della decisione di revoca del concordato (e contestuale dichiarazione di fallimento) un addebito *ulteriore* rispetto a quelli che erano stati contestati alla debitrice col decreto di convocazione in camera di consiglio ai sensi dell'art. 173, comma 1, l.fall. In particolare, è emerso che la contestazione di tale nuovo addebito (*id est* l'esposizione di una presunta passività inesistente) era stata fatta per la prima volta nel provvedimento con cui il collegio aveva disposto, per l'appunto, la revoca del concordato, causando così la pretermissione di un grado di giudizio a danno della debitrice e la conseguente lesione del suo diritto al contraddittorio.

Il *punctum dolens* è, in sostanza, il seguente: la struttura cognitoria del procedimento di revoca del concordato preventivo è tale da far considerare nullo il decreto di revoca della procedura concordataria ogni qualvolta non sia stato assicurato il pieno rispetto del diritto al contraddittorio nei confronti del debitore? Ebbene, non sembra davvero possibile dubitare di una risposta positiva ad un tale interrogativo; eppure una simile conclusione - a cui è pervenuta correttamente anche la corte d'appello di Venezia - pur essendo indubbiamente esatta, impone alcune precisazioni in ordine all'ef-

(16) Nel senso che, a seguito dell'iniziativa processuale da parte del pubblico ministero, spetta esclusivamente al giudice decidere sull'azione promossa, senza che eventuali ripensamenti possano vincolarlo nel momento della decisione e senza che siano altresì vincolanti le conclusioni formulate dal pubblico ministero, cfr. Cass. 26 gennaio 1999, n. 608 cit.

(17) Nel senso, però, che la desistenza del creditore istante non necessiterebbe di un'accettazione della controparte costituita in quanto il creditore "persegue la tutela di un interesse prettamente privatistico e particolaristico", v. Cass. 11 agosto 2010, n. 18620, in *Foro it.*, 2011, I, 461 ss. Alla stessa conclusione perviene incidentalmente anche Cass. 19 settembre 2013, n. 21478, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, 934 in base ad una non meglio precisata "difficoltà di individuare (...) la controparte che abbia interesse alla prosecuzione del giudizio". La conclusione suscita non poche perplessità se solo si considera che la previsione di una accettazione della rinuncia ad opera della controparte costituita (art. 306, comma 1, c.p.c.) è finalizzata a salvaguardare l'interesse di quest'ultima alla prosecu-

zione del giudizio e alla pronuncia di una decisione sul merito: e cioè un interesse che sembra configurabile anche in capo al debitore costituito (così M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., 183) ove si ponga mente al fatto che il decreto di rigetto della domanda di fallimento, se non esclude la riproponibilità della domanda, offre un'utilità maggiore rispetto all'estinzione del processo.

(18) Nel senso che le c.d. condizioni di ammissibilità della domanda (legittimazione e interesse ad agire) debbono sussistere al momento della pronuncia della decisione, potendo quindi sopravvenire (o venir meno) anche nel corso del giudizio, con onere di allegazione e prova fino alla rimessione della causa in decisione, v., in generale, Cass. 18 luglio 2002, n. 10443, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1269; Cass. 17 dicembre 1986, n. 7622, *ivi*, *Mass.* 1986, 856; Trib. Roma 23 marzo 1995, in *Giur. mer.*, 1995, 199 ss. In materia fallimentare, v. Cass. 19 settembre 2013, n. 21478, cit.; Cass. 11 febbraio 2011, n. 3479, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 233.

## Giurisprudenza

# Concordato preventivo

fettiva compatibilità di un simile rigore processuale (in punto di tutela del contraddittorio) con la struttura della cognizione nel procedimento di revoca del concordato. Mi pare, cioè, indubbio il rilievo della corte secondo cui la contestazione di un (eventuale) atto di frode del debitore avvenuta, per la prima volta, nel decreto di revoca della procedura comprima il diritto di quest'ultimo alla pienezza del contraddittorio fin dal primo grado di giudizio; così come mi pare indubbio l'ulteriore rilievo secondo cui la compressione del diritto al contraddittorio debba misurarsi, in primo grado, con riguardo al momento in cui venga a maturare la preclusione per nuove allegazioni e prove, e cioè con riguardo al momento della rimessione della causa in decisione. Quello che mi pare, invece, giusto chiedersi è, per l'appunto, se il procedimento di revoca del concordato sia tale da esigere un così rigoroso rispetto del principio del contraddittorio.

L'interrogativo risulta meno scontato di quel che potrebbe apparire a prima vista se solo si considera come il procedimento *de quo* sia sempre stato contraddistinto - e lo è, del resto, tutt'ora - da un'iniziativa officiosa del tribunale fallimentare, reso edotto delle ragioni di revoca della procedura concordataria dal commissario giudiziale (o da altro soggetto legittimato) (19); spetta dunque all'organo giudiziario procedere - senza nemmeno più il filtro

del giudice delegato (20) - alla valutazione prognostica delle cause di improseguibilità del concordato e, sulla base di un tale apprezzamento, notificare al debitore il provvedimento di fissazione dell'udienza di comparizione e di contestazione degli addebiti che dovrebbero condurre alla revoca della procedura (21). Uno dei tratti distintivi del procedimento di revoca - quello, appunto, dell'iniziativa officiosa - appare, dunque, piuttosto dissonante rispetto al carattere dispositivo e cognitorio dell'istruttoria prefallimentare riformata: proprio l'applicazione *in parte qua* delle "forme dell'articolo 15" dovrebbe indurre, infatti, ad interrogarsi sull'effettiva portata del richiamo al rito prefallimentare, verificando se tali "forme" siano richiamate al fine di introdurre nel procedimento di revoca del concordato le medesime garanzie processuali che sono proprie di un rito a cognizione sostanzialmente piena (22) - qual è, appunto, l'istruttoria prefallimentare - oppure soltanto al fine di assicurare una qualche disciplina processuale ad un procedimento che ne era precedentemente sguarnito. Ed è evidente che se fosse quest'ultima la risposta da dare all'interrogativo (sulla scorta, soprattutto, dell'opinione che la convocazione del debitore non occorra ogni qualvolta l'intervento del tribunale sia fondato su fatti già posti in essere o comunque conosciuti dal debitore alla data di proposizione della domanda di ammissione) (23), il richiamo alle "forme" dell'art. 15

(19) Che il richiamo alla facoltà di impulso del c.g. non debba essere letto restrittivamente era ampiamente condiviso anche nella vigenza dell'originario art. 173 l.fall., allorché si ammetteva che gli organi della procedura potessero essere sollecitati da qualsiasi interessato (creditore, P.M., socio, ecc.), il quale tuttavia non assumeva alcuna legittimazione propria a promuovere il procedimento di revoca: così già A. Bonsignori, Sub art. 173, in *Commentario Scialoja-Branca. La legge fallimentare*, a cura di F. Bricola - F. Galgano - G. Santini, Bologna-Roma, 1979, 295; Trib. Milano 2 febbraio 1978, in questa *Rivista*, 1979, 126; per il dibattito attuale v., invece, P.F. Censo, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio - M. Fabiani, Bologna, 2010, 1006 (in senso restrittivo, invece, se non erro, Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105 ss.).

(20) La riforma del 2006 ha abrogato, infatti, il potere del g.d. di svolgere un'istruttoria deformalizzata sugli addebiti contestati dal c.g. prima di investire il tribunale della decisione di apertura del procedimento di revoca.

(21) La necessità che sia fissata un'udienza di comparizione e, soprattutto, che siano indicati gli addebiti mossi al debitore discende chiaramente dal rinvio alle "forme di cui all'articolo 15" espresso nel comma 2 dell'art. 173 l.fall. Ed infatti, la previsione che nel decreto di convocazione dell'udienza prefallimentare debba essere indicato, in particolare, che "il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento" (art. 15, comma 4, l.fall.) induce a ritenere che anche l'analogo decreto di apertura del procedimento di revoca del concordato debba esplicitare, oltre alla convocazione del debitore ex art. 173, comma 1, l.fall., l'indicazione delle

finalità della procedura. Un'indicazione, quest'ultima, che non può andare disgiunta, a ben vedere, dalla "contestazione dei comportamenti fraudolenti contestati, anche con richiamo *per relationem* all'informativa del c.g." (così, in particolare, si esprime proprio la sentenza in commento). In questo senso v., da ultimo, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, IX ed., Milano, 2015, 506 ss.; Cass. 23 giugno 2011, nn. 13817, 13818, 13819, in questa *Rivista*, 2011, 933 ss. *Contra*, a quanto pare, solo una pronuncia risalente: Cass. 2 aprile 1985, n. 2250, in questa *Rivista*, 1985, 1036, secondo cui la contestazione del fatto fraudolento non si renderebbe necessaria "quando esso già risulti dagli atti del procedimento".

(22) In questo senso si esprime la prevalente dottrina. Cfr., in particolare, gli scritti più rappresentativi sul punto: C. Cavallini, Sub art. 15, in *Commentario alla legge fallimentare*, I, cit., 301 ss.; F. De Santis, Sub art. 15, in *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., 296 ss., in part. 303 ss.; Id., *Istruttoria prefallimentare e diritto di difesa*, in questa *Rivista*, 2008, 319 ss., in part. 323 ss.; M. Fabiani, Sub art. 18, in *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., 348 ss., in part. 352 ss.; G. Lo Cascio, *Il nuovo fallimento: riflessioni sugli aspetti processuali e sulla disciplina transitoria*, in questa *Rivista*, 2006, 751 ss., in part. 753 ss.; A. Carratta, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 1 ss., in part. 12 ss.

(23) L'opinione era invalsa soprattutto nella giurisprudenza anteriore alla riforma: v., in particolare, Cass. 3 ottobre 1986, n. 5854 in *Foro it.*, 1988, I, 1969 ss.; G. Rago, *Audizione del debitore ed esercizio del diritto di difesa*, in questa *Rivista*, 2001, 980 ss. Tale interpretazione discendeva, del resto, dall'assenza di un vero e proprio *procedimento* di revoca del concordato nella disciplina previgente; ed infatti, l'originario art. 173 l.fall.

l.fall. varrebbe ad introdurre nell'ordinamento una mera procedimentalizzazione dell'*iter* di revoca del concordato, con termini e oneri per le parti e per gli organi della procedura, ma senza necessità di dare applicazione a quelle garanzie - dal diritto alla prova al diritto al contraddittorio - che permeano invece il giudizio a cognizione piena.

Per rispondere ad un simile interrogativo, non v'è che porre mente alle norme invocate. Ebbene: non v'è dubbio che la stessa struttura dell'istruttoria prefallimentare sia, di per sé, dissonante rispetto agli stilemi del processo a cognizione piena, solo che si considerino il potere di iniziativa in capo al P.M. e i persistenti poteri officiosi del tribunale e del giudice delegato (dal collegio) in materia istruttoria. Ma se è vero che tali previsioni appaiono giustificate dalla natura camerale del procedimento e dalle esigenze di celerità e deformalizzazione in sede istruttoria (esigenze, queste ultime, che sono imposte dall'interesse pubblico sotteso alla procedura fallimentare) (24), non è men vero, d'altra parte, che simili deroghe alla pienezza della cognizione e all'applicazione dell'*onus probandi* finiscono per essere pur sempre riequilibrata *in parte qua* dal primato delle allegazioni di parte in ordine ai fatti rilevanti e dall'applicazione, in sede istruttoria, del principio di vicinanza della prova (25). Insomma, l'istruttoria prefallimentare è sì dissonante rispetto agli stilemi della cognizione piena, ma lo è anche rispetto a quelli del rito camerale, di talché se i limiti sul piano processuale non valgono ad escludere la vicinanza dell'istruttoria prefallimentare ai procedimenti a cognizione piena, l'attenuazione della sommarietà non vale ad escludere la sua lontananza dal modello del rito camerale (26).

Ecco allora che il richiamo alle "forme" dell'art. 15 l.fall. opera certamente come il richiamo alle garanzie di un procedimento contenzioso e, quindi, come la volontà del riformatore di inserire nel pro-

cedimento di revoca del concordato una serie di garanzie processuali; più precisamente: di rendere il procedimento di revoca del concordato un *giudizio contenzioso* regolato dalle garanzie processuali che presiedono allo svolgimento dell'istruttoria prefallimentare (o, almeno, da una buona parte di esse) (27).

Ebbene, se tali garanzie devono operare all'interno di un procedimento che si apre con un decreto di convocazione del debitore in camera di consiglio, è evidente che tale provvedimento, mirando anzitutto a garantire la pienezza del contraddittorio sugli addebiti riferiti dal c.g. al tribunale, deve assicurare anzitutto una piena e corretta esplicazione del diritto di difesa del debitore. Di talché, il richiamo alla previsione dell'art. 15 l.fall. - e specialmente al comma 4 di tale disposizione - impone che il debitore sia informato non solo in merito alla finalità della procedura (la revoca, appunto, del concordato), ma anche in ordine a quei comportamenti, contestati dal tribunale, che giustificano astrattamente l'iniziativa dell'autorità giudiziaria. Ma il richiamo all'art. 15 l.fall. induce altresì a ritenere che quegli addebiti che siano emersi successivamente alla notifica del decreto di convocazione possano essere validamente posti a fondamento della decisione di revoca del tribunale soltanto se sugli stessi sia stata garantita la pienezza del diritto al contraddittorio da parte del debitore, tenuto conto che, a tal fine, non basta l'*astratta possibilità* di partecipazione del debitore alla camera di consiglio (28), ma è indispensabile che l'addebito ulteriore sia mosso *tempestivamente*, ovvero sia in un momento del procedimento in cui sia ancora possibile per il debitore prendere posizione sui nuovi fatti contestati. Questo momento dev'essere, pertanto, identificato - come rileva anche la sentenza in commento - con quello della rimessione della causa in decisione, dato che, in base al richiamato art. 15 l.fall., nell'istruttoria prefallimentare - che è

stabiliva soltanto la verifica, da parte del c.g., dei comportamenti fraudolenti o, comunque, illegittimi del debitore ovvero della mancanza delle condizioni di ammissibilità della procedura e la successiva promozione, da parte del g.d., della dichiarazione officiosa del fallimento a seguito delle "opportune indagini" del medesimo g.d. e, soprattutto, dell'accertamento dell'esistenza dello stato di insolvenza in capo al debitore (così Cass. 11 aprile 1989, n. 1737, in questa *Rivista*, 1989, 901; cfr., per tutti, A. Bonsignori, *Sub art. 173*, cit., 288 ss.).

(24) In questo senso v., da ultimo, N. Pannullo, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Torino, 2010, ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Con riferimento alla procedura concordataria e all'interesse di indole generale che vi è parimenti sotteso, quanto meno *sub specie* di tutela dei valori aziendali da disgregazioni evitabili, v. per tutti G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del*

*nuovo concordato*, in questa *Rivista*, 2005, 952 ss.

(25) Sul principio di prossimità alla prova v. Cass. 28 maggio 2010, n. 13086, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 827; Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss. Sulla funzione suppletiva svolta dai poteri istruttori officiosi del tribunale fallimentare, "limitat[i] ai fatti da esse [*id est*: dalle parti] dedotti quali allegazioni difensive" v., invece, Cass. 4 dicembre 2015, n. 24721, in *D&G*, 2016, 49; Cass. 23 luglio 2010, n. 17281, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1146.

(26) Cfr. M. Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma del diritto fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, 225 ss., in part. 228.

(27) Sia consentito rinviare per maggiori riferimenti sul punto a M. Gaboardi, *Sub art. 173*, in *Commentario della legge fallimentare*, III, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 641 ss.

(28) Cfr., *ex multis*, Cass. 4 agosto 2000, n. 10267, in questa *Rivista*, 2001, 981 ss.

## Giurisprudenza

# Concordato preventivo

un modello speciale di rito camerale (29) - non vi-ge un regime preclusivo (30) paragonabile a quello sancito dagli artt. 167, 183 e 189 c.p.c. nel processo ordinario di cognizione.

E quand'anche si volesse sostenere - come sembra fare la corte veneziana - che l'art. 345 c.p.c. non può trovare applicazione *in parte qua* (ciò che solleva, invero, non poche perplessità) (31), vi sarebbe pur sempre da rilevare che la deduzione di *nova* in sede di reclamo non varrebbe certo a porre rimedio alla pretermissione del contraddittorio in un grado di giudizio. L'emersione di nuovi addebiti dopo la rimessione della causa in decisione deve, infatti, dare origine necessariamente ad un *nuovo procedimento di revoca* che assicuri la piena possibilità per il debitore di contraddire sull'esistenza delle nuove contestazioni, ogni qualvolta le precedenti si siano rivelate prive di fondamento ed abbiano dato origine ad un accertamento *officioso* della permanenza delle condizioni di legittimità del concordato.

Si è voluto ribadire il carattere *officioso* di tale accertamento - al pari di quello che conduce alla revoca del concordato - allo scopo di soffermarsi brevemente sulla qualificazione, operata quasi incidentalmente dalla corte veneziana, del nuovo addebito come "una sorta di nuova *causa petendi*". Il richiamo vuole essere chiaramente esplicativo e non rigoroso, attesa appunto la chiara natura *officiosa* del procedimento e la conseguente impossibilità di configurare una domanda giudiziale nell'attività di impulso del c.g.; nondimeno, tale inciso merita un'attenta considerazione perché denota come in ciascun addebito di un atto fraudolento del debitore (o di un suo atto illegittimo o, ancora, della cessazione di una condizione di ammissibilità della procedura concordataria) debba essere rintracciato un autonomo fondamento giustificativo della decisione di revoca del concordato. Se però si tiene conto della natura *officiosa* del procedimento, sembra più corretto intendere il fondamento giustificativo della revoca alla stregua (non già di

una nuova *causa petendi*, bensì) di un nuovo *fatto impeditivo* o *estintivo* del concordato, idoneo a fondare l'esercizio di una sorta di potere costitutivo (di revoca) ad attivazione giudiziale. Ciascuno dei vizi del concordato *ex art. 173*, commi 1 e 3, l.fall. rappresenta, infatti, un elemento che incide negativamente sull'efficacia del decreto di ammissione alla procedura, nel senso di vizziarne *ab origine* l'apertura (fatti impeditivi *ex comma 1*) o di farne cessare *ex post* la permanenza (fatti estintivi *ex comma 3*).

### Conclusione

In conclusione, dev'essere brevemente valorizzato ciò che rimane, per così dire, sullo sfondo della sentenza in commento e a cui, poc'anzi, si è fatto cenno. Vale a dire: l'idea che il reclamo *ex art. 18 l.f.* sia un giudizio di gravame sottratto ai limiti dello *ius novorum* in sede di appello. Se ne ha conferma, se non erro, laddove la sentenza rileva che "non sussistono preclusioni istruttorie nella fase di reclamo *ex art. 18 l.f.*". Nell'economia della sentenza un simile rilievo vuole essere funzionale a sostenere che, quand'anche i nuovi addebiti venissero contestati per la prima volta in sede impugnatoria, la tutela del contraddittorio non sarebbe comunque garantita con riguardo al precedente grado di giudizio.

Ma, nel fare ciò, la corte ammette proprio che tali addebiti potrebbero essere formulati per la prima volta anche in sede di reclamo in forza del (ritenuto) regime istruttorio applicabile; e se è vero che una tale eventualità non varrebbe ad evitare l'annullamento del decreto di revoca per vizio del contraddittorio, vi è pur sempre da riconoscere una certa contraddizione nell'argomento che, da un lato, consente l'esercizio di un determinato potere processuale (allegare e provare un fatto impeditivo nuovo in appello) e, dall'altro, lo preclude a causa della lesione di un diritto processuale (quello al

(29) Sulla deformalizzazione del rito camerale v., per tutti, A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 393 ss., in part. 416 ss.

(30) Sull'assenza di termini preclusivi nell'istruttoria prefallimentare v., oltre agli autori citati nella nt. 22, M. Montanari, *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento*, in questa *Rivista*, 2007, 553 ss., in part. 568. Con riferimento all'applicazione della preclusione *ex artt. 38 c.p.c. e 9 l.fall. v.*, non senza qualche perplessità alla luce degli artt. 9 *bis* e 9 *ter* l.fall., Cass. 2 aprile 2012, n. 5257, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 435; Cass. 22 maggio 2013, n. 12250, in questa *Rivista*, 2012, 1433 ss. (in senso critico v., infatti, la nota di F. Marelli, *Il regime dell'eccezione di incompetenza nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, *ibidem*, 1435 ss.).

(31) Non è certo questa la sede per prendere in esame un tema di tale complessità: oltre a quanto si dirà *infra* nel testo, basterà qui osservare che un certo orientamento della giurisprudenza di legittimità - in linea con l'opinione di una parte autorevole della dottrina - interpreta il giudizio di reclamo alla stregua di un giudizio a devoluzione (non piena ma) limitata ai motivi di impugnazione (eventualmente anche aggiunti mediante il deposito di una tempestiva memoria di integrazione all'uopo autorizzata), con conseguente applicazione delle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c.: Cass. 13 giugno 2014, n. 13505, in questa *Rivista*, 2015, 328 ss., con nota adesiva di M. Montanari, *Reclamo sempre più vicino all'appello, tra devoluzione limitata ai motivi e apertura del gravame al contumace involontario* (ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali).

contraddittorio) che l'esercizio di un tale potere comporterebbe.

Insomma, malgrado la bontà della conclusione, la corte sembra essere incorsa nell'equivoco - ben stigmatizzato in dottrina (32) - di confondere la pienezza dell'effetto devolutivo del gravame con l'emancipazione dai limiti dello *ius novorum*. La corte intendeva dire - piaccia o meno - che il reclamo è aperto non solo alle questioni dedotte coi motivi di gravame, ma a tutti i temi d'indagine af-

frontati nel precedente grado di giudizio, di talché: o tale tema è stato introdotto in primo grado (salvaguardando così il diritto al contraddittorio) oppure non può essere sollevato *ex novo* per la prima volta in sede di gravame, se non a pena di ledere - per l'appunto - il diritto di difesa della controparte. Se poi il reclamo fallimentare debba essere davvero limitato ai soli motivi di impugnazione è - come detto - tutt'altra questione, che ben maggiore attenzione richiede.

---

(32) Cfr. ancora M. Montanari, *Reclamo sempre più vicino all'appello, tra devoluzione limitata ai motivi e apertura del gravame al contumace involontario*, cit., 330.